

Le concordat homologué est opposable aux créances privilégiées produites (en l'espèce des créances de la caisse de compensation pour des cotisations AVS) mais qui n'ont pas été enregistrées correctement par le commissaire au concordat et qui n'ont pas été contestées dans le cadre de la procédure d'homologation du concordat par la créancière. Le TF applique la jurisprudence établie à l'ATF 130 V 526 à ce cas de figure.

Pierre-Henri Gapany, avocat

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 24. Februar 2016.

Sachverhalt :

A.

Nachdem die Firma A. AG gegen die Beteiligungen Nrn. xxx bis yyy des Beteiligungsamtes B. Rechtsvorschlag erhoben hatte, beseitigte die Ausgleichskasse des Kantons Thurgau diesen durch Erlass von fünf Veranlagungsverfügungen vom 4. Juni 2015 betreffend auf die Monate Januar bis September 2013 entfallende paritätische Beiträge. Die A. AG reichte hiegegen Einsprache ein mit der Begründung, die verfügten Beiträge seien Gegenstand eines früheren Nachlassverfahrens gewesen, in welchem die Ausgleichskasse eine Forderung in der Höhe von insgesamt Fr. 84'746.45 angemeldet habe. Die als Sachwalterin fungierende C. AG habe die Forderung lediglich im Umfang von Fr. 12'658.50 in das Forderungsverzeichnis aufgenommen. Durch die Bezahlung der anerkannten Forderung in dieser Höhe sei der Nachlassvertrag auch für die Ausgleichskasse verbindlich geworden. Mit Entscheid vom 13. Juli 2015 lehnte die Ausgleichskasse die Einsprache ab, weil sie trotz des gerichtlich genehmigten Nachlassvertrags das Recht auf betriebsrechtliche Durchsetzung der ausstehenden Beträge behalten habe; der Sachwalterin sei ein schwerwiegender Fehler unterlaufen, indem sie die von der Arbeitslosenkasse für die Insolvenzenschädigung geleisteten Beitragszahlungen zu Unrecht von der Forderung der Ausgleichskasse in Abzug gebracht habe, weshalb der Nachlassvertrag, d.h. die darauf zurückzuführende Reduktion der Forderung, für die Ausgleichskasse unverbindlich sei; entscheidend sei allein, dass sie der Sachwalterin (am 4. März 2014) "eine Forderung in Höhe von Fr. 84'746.45 per 24. September 2013 angemeldet" habe.

B.

Beschwerdeweise liess die A. AG die Aufhebung des Einspracheentscheides beantragen; eventualiter sei zu Gunsten der Ausgleichskasse der Betrag von Fr. 6'465.50 zu verfügen; subeventualiter seien die Verzugszinsen der Veranlagungsverfügungen aufzuheben. Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau korrigierte die angefochtenen Verwaltungsakte im Punkt der Verzugszinsen (Subeventualantrag), wies im Übrigen die Beschwerde aber ab, weil die Sachwalterin nicht befugt gewesen sei, die Forderung zu reduzieren und die Reduktion nicht geboten, sondern im Gegenteil falsch gewesen sei; darauf habe die Ausgleichskasse in ihrem Schreiben an die Sachwalterin vom 19. November 2015 hingewiesen (Entscheid vom 24. Februar 2016).

C.

Die A. AG führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Rechtsbegehren, es

sei der kantonale Gerichtsentscheid aufzuheben; der Ausgleichskasse sei ein Gesamtbetrag von Fr. 6'465.50 zuzusprechen. Ferner sei ihr für das Einsprache- und das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- (ohne Mehrwertsteuer), eventualiter eine Parteientschädigung nach Ermessen, zuzusprechen.

Die Ausgleichskasse verzichtet unter Hinweis auf den kantonalen Gerichtsentscheid auf eine Vernehmlassung. Auch das Bundesamt für Sozialversicherungen sieht von einer Stellungnahme ab.

D.

Am 28. August 2016 führten die II. sozialrechtliche und die II. zivilrechtliche Abteilung einen Meinungs austausch zur Rechtsfrage durch, ob der bestätigte Nachlassvertrag, der unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist, privilegierten Forderungen, die eingegeben, vom Sachwalter aber eigenmächtig nicht im ganzen Betrag aufgenommen wurden, entgegengehalten werden kann. Die beiden Abteilungen haben die Rechtsfrage bejaht (Beschluss der Vereinigung der Abteilungen vom 26. September 2016).

Erwägungen:

1.

Die Beschwerdeführerin anerkennt die Gegenstand des Einsprache- und vorinstanzlichen Entscheides bildenden Beitragsforderungen der Beschwerdegegnerin im Umfange von Fr. 6'465.50. Damit hat sich das Bundesgericht nicht zu befassen (Art. 107 Abs. 1 BGG).

2.

Weder nach den vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen noch aufgrund der Vorbringen der Verfahrensbeteiligten besteht Anlass, die sozialversicherungsrechtliche Begründetheit der noch streitigen Beitragsforderung von Fr. 65'622.45 im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 1 BGG) näher zu prüfen. Vielmehr steht fest, dass die Beschwerdeführerin in der Zeit von Januar bis 24. September 2013 (Beginn der Nachlassstundung) massgebende Löhne zur Auszahlung gebracht hat, welche die verfügten und vorinstanzlich bestätigten Beiträge, soweit angefochten, AHV-rechtlich im Grundsatz und quantitativ rechtfertigen (unbestritten).

3.

Zu prüfen ist allein die Rechtsfrage (Art. 95 lit. a BGG), ob die Beschwerdeführerin die streitigen Beiträge deswegen nicht schuldet, weil es die am Nachlassverfahren beteiligte Ausgleichskasse hingenommen hat, dass die entsprechende - am 4. März 2014 angemeldete Beitragsforderung über Fr. 84'746.45 - nur im Umfange von Fr. 12'658.50 von der Sachwalterin (durch Aufnahme ins Forderungsverzeichnis) zugelassen worden ist.

3.1. Gestützt auf Art. 300 Abs. 2 und Art. 305 Abs. 3 SchKG hat die Vorinstanz erwogen, über den materiellen Bestand bestrittener Forderungen entscheide nicht der Nachlassrichter; dieser entscheide lediglich, ob und zu welchem Betrag vom Schuldner bestrittene Forderungen bei der Berechnung des Quorums für das Zustandekommen des Nachlassvertrages mitzuzählen sind. Ob und mit welchem Betrag der Gläubiger einer bestrittenen oder einer bedingten Forderung Anspruch auf die Nachlassdividende hat, werde beim ordentlichen Nachlassvertrag allenfalls im ordentlichen Prozess (Art. 315 SchKG) und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung im Rahmen des Kollokationsverfahrens (Art. 321 SchKG) entschieden; dies gelte analog für privilegierte Forderungen. Den privilegierten Gläubigern, zu welchen die Beschwerdegegnerin gehört (Art. 219 Abs. 4 SchKG), komme im Nachlassverfahren insoweit eine Sonderstellung zu, als der Nachlassvertrag gemäss Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG nur genehmigt werden darf, wenn die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger sichergestellt sei. Aufgrund ihrer Sonderstellung zählten

Gläubiger privilegierter Forderungen nach der Rechtsprechung (BGE 129 V 387 E. 4.2 S. 389) weder zu den Stimmberechtigten noch überhaupt zum Kreis der vom Nachlassvertrag erfassten Gläubiger. Für sie werde der Nachlassvertrag daher nicht verbindlich, weshalb sie sich eine Reduktion ihrer Ansprüche nicht gefallen lassen müssten und ihre ursprünglichen Ansprüche in voller Höhe behielten. Die Frage, ob privilegierten Forderungen, die im Nachlassverfahren nicht angemeldet wurden, ein bestätigter Nachlassvertrag entgegengehalten werden kann, stelle sich hier nicht. Aus diesen Gründen entfalte der Nachlassvertrag keine materielle Rechtskraft in Bezug auf Bestand oder Nichtbestand der Beitragsforderung der Beschwerdegegnerin, welche am 4. März 2014 eine solche im Betrag von Fr. 84'746.45 angemeldet hatte, ohne auf deren Sicherstellung zu verzichten. Auch habe die Beschwerdeführerin die Forderung nie bestritten und der Beschwerdegegnerin sei auch zu keiner Zeit Frist zur Klage angesetzt worden. Die Reduktion, welche die Beschwerdeführerin der Ausgleichskasse entgegenhalten wolle, beruhe "ausschliesslich auf einem eigenmächtigen Handeln der Sachwalterin". Diese sei nicht kompetent, eine Korrektur der eingegebenen Forderung vorzunehmen. Die materiell-rechtliche Unrichtigkeit der Reduktion der eingegebenen Beitragsforderung um Fr. 72'087.95 sei offenbar darauf zurückzuführen, dass die Sachwalterin zu Unrecht angenommen hat, die im Rahmen der Insolvenzsicherstellungen von der Arbeitslosenversicherung bezahlten Sozialversicherungsbeiträge betreffen dieselben Leistungen an die Arbeitnehmer, welche der Beitragsforderung der Beschwerdegegnerin zugrunde lagen; dies treffe nicht zu.

3.2. Die Beschwerdeführerin bestreitet weder die seitens der Ausgleichskasse erfolgte Eingabe der Forderung von Fr. 84'746.45 in das Nachlassverfahren noch die Privilegierung dieser AHV-Beitragsforderung nach Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. b in Verbindung mit Art. 305 SchKG. Hingegen verweist sie darauf, dass die Nichtzulassung des Differenzbetrages von Fr. 72'087.95 von der Sachwalterin offen vermerkt worden sei und sich die Beschwerdegegnerin nie gegen die Nichtzulassung dieses Betrages gewehrt habe, obwohl sie über alle Schritte des Nachlassverfahrens informiert wurde und zu Recht nie behauptete, dass irgendwelche Publikationen und Informationen nicht erfolgt seien. Vielmehr sei das Nachlassverfahren über die Beschwerdeführerin im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen abgewickelt worden. Nicht angemeldeten privilegierten Forderungen könne der bestätigte Nachlassvertrag laut BGE 130 V 526 entgegengehalten werden. Auch sei nach dem klaren Wortlaut von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eine privilegierte Forderung, die angemeldet wurde und unstrittig blieb, vollkommen zu befriedigen bzw. sicherzustellen, damit der Nachlassvertrag überhaupt bestätigt werden könne.

Im vorliegenden Fall stelle sich indessen die Frage, wie es sich verhalte, wenn privilegierte Forderungen zwar angemeldet, vom Sachwalter aber nur teilweise anerkannt und ins Forderungsverzeichnis aufgenommen wurden und sich im weiteren Verlauf des Nachlassverfahrens die Gläubigerin, wie hier die Ausgleichskasse, "gegen diese Nichtzulassung überhaupt nicht zur Wehr" setze. Entgegen dem angefochtenen Entscheid gehe es dabei nicht darum, ob die Schuldnerin die angemeldete Forderung bestritten hat; relevant sei einzig, dass der Sachwalter eine angemeldete Forderung nur teilweise zugelassen, dies allen Beteiligten gegenüber kommuniziert und die teilweise Nichtzulassung im Forderungsverzeichnis offen vermerkt hat. Aus dem obiter dictum in BGE 130 V 528 E. 2 ("nur vom Sachwalter anerkannte privilegierte Forderungen") und nach dem Wortlaut der französischen ("reconnu") und italienischen ("ammesso") Fassung könnten nur vom Sachwalter anerkannte Forderungen unter diese Gesetzesvorschrift fallen, woran der deutschsprachige Gesetzeswortlaut, welcher nur von angemeldeten Forderungen spricht, nichts zu ändern vermöge. Vielmehr sei ein Nachlassvertrag auch demjenigen Gläubiger, dessen privilegierte Forderung nicht voll zugelassen worden ist und der sich nicht dagegen gewehrt hat, im Umfang der vom Sachwalter nicht zugelassenen Forderung entgegenzuhalten, was auch aus Art. 310 Abs. 1 SchKG hervorgehe, wonach der bestätigte Nachlassvertrag für sämtliche Gläubiger verbindlich ist. Die in Art. 310 Abs. 1 SchKG verankerte Verbindlichkeit verhindere insbesondere, dass diejenigen, die sich mit ihren Investitionen an der Sanierung beteiligen, von "alten" Forderungen bedrängt werden. Damit umgekehrt alte Gläubiger nicht von einer Nachlasssanierung überrascht werden, sehe das Gesetz

umfangreiche Informations- und Publikationsmechanismen vor. Daraus folge, dass ein privilegierter Gläubiger, dessen angemeldete Forderung vom Sachwalter nicht voll zugelassen wurde, sich gegen die teilweise Nichtzulassung zur Wehr setzen müsse. Unterlasse er dies, anerkenne er die teilweise Nichtzulassung.

Es gehe nicht um den - von der Vorinstanz erwähnten - Verzicht als aktive Handlung des Gläubigers, sondern um die Frage, wie die Gläubiger auf die vom Sachwalter kommunizierte teilweise Nichtzulassung reagierten. Hätte sich die Ausgleichskasse mit den ihr zustehenden Mitteln gegen die ihrer Ansicht nach ungerechtfertigte teilweise Nichtzulassung ihrer Forderung gewehrt, wäre sie damit erfolgreich gewesen mit der Folge, dass sie im Mehrumfang als privilegierte Gläubigerin vollständig befriedigt worden wäre; im Gegenzug wäre die Nachlassdividende für die Drittklassgläubiger geringer ausgefallen. Die vorinstanzliche Rechtsauffassung führe hingegen dazu, dass nun die Beschwerdeführerin (als Schuldnerin) und nicht die Drittklassgläubiger die Folgen der unterbliebenen Anfechtung der Nichtzulassung zu tragen habe. Ein solches Ergebnis entbehre einer Grundlage und widerspreche der Konzeption des Nachlassrechts. Sollte die vorinstanzliche Auffassung bestätigt werden, würden damit Sanierungen massiv erschwert, weil es für einen Investor äusserst unattraktiv wäre, in eine zu sanierende Gesellschaft zu investieren, wenn er damit rechnen muss, dass seine Investition nicht für die Zukunft verwendet werden kann, sondern zur Begleichung alter privilegierter Forderungen dienen wird.

4.

4.1. Im Elften Titel (Nachlassverfahren) sieht Art. 306 SchKG im Abschnitt II. Allgemeine Bestimmungen über den Nachlassvertrag unter der Marginalie B. Bestätigungsentscheid 1. Voraussetzungen vor: Die Bestätigung des Nachlassvertrages wird an folgende Voraussetzungen geknüpft: (...) 2. Die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger (...), soweit nicht einzelne Gläubiger ausdrücklich auf die Sicherstellung ihrer Forderung verzichten. Das Nachlassgericht kann eine ungenügende Regelung auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen ergänzen (Art. 306 Abs. 2 SchKG). Die Bestätigung des Nachlassvertrages ist somit ein richterlicher Entscheid, der mit Beschwerde nach der ZPO innert 10 Tagen nach der Eröffnung angefochten werden kann (Art. 307 Abs. 1 SchKG). Der Entscheid des Nachlassgerichts über den Nachlassvertrag wird, sobald er rechtskräftig ist, öffentlich bekannt gemacht (Art. 308 Abs. 1 lit. b SchKG), womit die Wirkungen der Nachlassstundung dahinfallen (Art. 308 Abs. 2 i.V.m. Art. 293 ff. SchKG) und der bestätigte Nachlassvertrag für sämtliche Gläubiger hinsichtlich deren vor Bekanntmachung der Stundung entstandenen Forderungen verbindlich wird (Art. 310 Abs. 1 SchKG).

4.2. Der der Beschwerdeführerin gewährte Nachlassvertrag leidet bezüglich der von der Ausgleichskasse eingegebenen Forderung an einem (offensichtlichen) Rechtsmangel, der weder im Verhalten der Gläubigerin (Ausgleichskasse) noch der Schuldnerin (Beschwerdeführerin) begründet liegt, sondern allein auf eine eigenmächtige Behandlung der eingegebenen Forderung durch die Sachwalterin zurückzuführen ist. In seinem Genehmigungsentscheid vom 28. April 2014 hat das Nachlassgericht (Bezirksgericht Frauenfeld) diesen Rechtsmangel übersehen. Den Entscheid des Nachlassgerichts hätte die Ausgleichskasse mit Beschwerde an das Obergericht des Kantons Thurgau weiterziehen müssen. Dazu war sie als Gläubigerin, deren eingegebene Forderung von der Sachwalterin nur teilweise berücksichtigt wurde, zweifellos legitimiert. Der Beschwerdegegnerin standen schon vorher alle Rechte einer privilegierten Gläubigerin zu, z.B. jenes auf Teilnahme an der Verhandlung vom 28. April 2014 über die Bestätigung des Nachlassvertrages, womit sie Gelegenheit hatte, auf die unrichtige Behandlung ihrer Beitragsforderung durch die Sachwalterin in dem allen Gläubigern am 31. März 2014 zugestellten Nachlassvertragsentwurf aufmerksam zu machen. Wenn nach der Rechtsprechung der bestätigte Nachlassvertrag den überhaupt nicht eingegebenen privilegierten Forderungen entgegengehalten werden kann (BGE 130 V 526, insbesondere E. 2 S. 528 und E. 4.4 S. 531, 129 V 387 E. 4.2 S.389; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und

Konkursrechts, 9. Auflage 2013, § 55 Rz 4; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2003, Art. 310 N 9; HUNKELER, in: KUKO SchKG, 2. Auflage 2014, Art. 310 N 6), dann muss das auch für eingegebene privilegierte Forderungen gelten, die von der Sachwalterin unrichtig behandelt werden, wogegen sich die Gläubigerin im nachlassrechtlichen und nachlassgerichtlichen Verfahren nicht zur Wehr setzt. Ansonsten ergäben die gerichtliche Genehmigung des Nachlassvertrages und der vom SchKG hiegegen eröffnete Rechtsmittelweg keinen Sinn. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz geht es nicht um eine Streitigkeit zwischen Gläubiger und Schuldner über die Begründetheit der eingegebenen Forderung, sondern um das richtige Handeln der SchKG-Organen bezüglich der angemeldeten Forderung. Letztlich verletzt die erfolgte Genehmigung des Nachlassvertrages hier den SchKG-rechtlichen Grundsatz, dass die eingegebene privilegierte Forderung, soweit nicht vom Schuldner bestritten, voll befriedigt werden muss, widrigenfalls der Nachlassvertrag nicht genehmigt werden darf (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Der Nachlassvertrag wäre auch mit Sicherheit entsprechend korrigiert worden, was, wie in der Beschwerde zutreffend festgehalten wird, Auswirkungen auf die übrigen nichtprivilegierten Gläubiger gehabt hätte, indem deren Nachlassdividende (gemäss Vertrag 9,62 %) um den an die Ausgleichskasse zu zahlenden Betrag vermindert worden wäre. Indem die Beschwerdegegnerin als am Nachlassvertrag beteiligte privilegierte Gläubigerin den Nachlassvertrag, wie gerichtlich genehmigt, in Rechtskraft erwachsen liess, hat sie ihn sich so entgegenhalten zu lassen, wie er lautet. Denn für die Nachlassgläubiger bedeutet die Bestätigung des Nachlassvertrags, "dass sich ihre ursprünglichen Ansprüche auf die im Nachlassverfahren vorgesehenen Leistungen reduzieren", d.h. auf die Nachlassdividende, wie sie sich aus dem ordentlichen Nachlassverfahren aus dem Dividendenvergleich ergibt (HUNKELER, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg 1996 N 1030; derselbe, in: KUKO SchKG, N 5 zu Art. 310). Damit ist es der Ausgleichskasse verwehrt, den angemeldeten, aber nicht berücksichtigten Teil ihrer Beitragsforderungen für die Zeit von Januar bis 24. September 2013 erneut auf dem Beteiligungs- und Rechtsmittelweg geltend zu machen.

5.

Auf den Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung für das Einspracheverfahren ist nicht einzutreten, da es sich dabei um ein nach Art. 99 Abs. 2 BGG unzulässiges neues Begehren handelt.

6.

Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die unterliegende Ausgleichskasse die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und der Beschwerdeführerin überdies eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 1 BGG) zu bezahlen, welche sich u.a. am Streitwert orientiert (Art. 68 Abs. 2 BGG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 des Reglements über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht vom 31. März 2006; SR 173.110.210.3).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 24. Februar 2016 und der angefochtene Einspracheentscheid der Ausgleichskasse des Kantons Thurgau vom 13. Juli 2015 werden im Umfange von Fr. 65'622.45 aufgehoben.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3. Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.- zu entschädigen.

4. Die Sache wird zur Neuverlegung der Parteientschädigung für das vorangegangene Verfahren an das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau zurückgewiesen.

5. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.